



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guida per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

HARVARD LAW LIBRARY



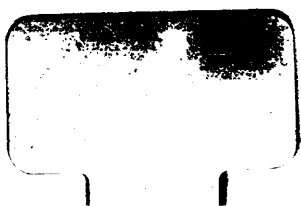
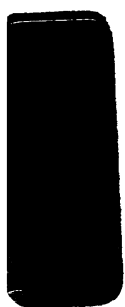
3 2044 097 743 959

Landucci

Due noti delle Pandette
relativi alla "Servitus
acuts"

1906

HARVARD
LAW
LIBRARY



962

Italy

DUE NOTI PASSI DELLE PANDETTE

RELATIVI ALLA

“SERVITUS ACTUS”

SAGGIO ESEGETICO

dell' **Avv. LANDO LANDUCCI**

Professore ordinario di diritto romano nella R. Università di Padova



VENEZIA

OFFICINE GRAFICHE C. FERRARI
1906

BIBLIOTECA LUCCHINI

12126

N.º d'ord. 8290

Estratto dagli: Atti del Reale Istituto Veneto
di Scienze, Lettere ed Arti
Anno accademico 1905-1906 — Tomo LXV — Parte II. pag. 1307

DEC. 20. 1930

I.

Furon sempre nel corso dei secoli, dacchè il pensiero dei giureconsulti medita e studia le Pandette, considerati in aperto contrasto e difficilmente conciliabili ⁽¹⁾, sebbene un accordo dovesse pur trovarsi per volere di Giustiniano e per l' indole legislativa della grande compilazione, i due noti passi di Ulpiano e di Paolo:

L. 4 § 1 D. *si servit. vindicetur* VIII 5.

Ulpianus, libro septimo decimo ad edictum.

Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.

(1) Si potrebbe cominciare dalla Glossa, che ha due ingegnose interpretazioni, e giungere fino ai tempi nostri; ma la lunga nota delle svariate proposte avrebbe poca importanza e non gioverebbe al mio scopo. In quanto alla Glossa ecco come conclude alla l. 4 §. 1 D. *si servit. vindicetur* VIII 5: " Adeo autem sunt diversae servitutes iter et actus, ut " si primo petii iter et amisi, nihilominus petam actum „; e alla l. 1 D. *de adim. vel transf. legat.* XXXIV 4 si legge: " Qui igitur habet iter, " non propter hoc habet actum; sed qui habet actum, bene habet iter, " scilicet, quo ad commoditatem eundi et ambulandi, non quo ad servitutum itineris. Sunt enim actus et iter duae servitutes et diversae; " sunt ergo tria; iter, quod est servitus, et actus, quod est alia servitus, " et iter, idest commoditas eundi et ambulandi, quam habet ille, qui " habet actum, et illa commoditas non est servitus per se. „

L. 1 D. *de adim. vel transf. legat.* XXXIV 4.

Paulus, libro tertio ad Sabinum.

Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest (1).

A prima vista l'antinomia è innegabile; Ulpiano concede la confessoria al titolare della *servitus actus sine itinere*, e quindi riconosce l'ammissibilità d'un *actus* da cui sia escluso l'*iter*, Paolo invece ne nega la possibilità logica, sicchè la deduzione, fatta nel testamento, nel quale la servitù è costituita, dell'*iter* dall'*actus* sa rebbe di necessità nulla e priva di effetto (2).

Intesi così i passi celebri e controversi, sembra necessario dar la preferenza a quello di Paolo, perchè il solo consono alle norme generali relative alle due servitù rustiche, alle due forme o gradazioni della servitù di passo, alle quali si riferiscono.

È risaputo infatti, che le tre forme di servitù di passo rico-

(1) Fra gli interpreti recenti basti citare, anche perchè servono a rintracciare gli altri più antichi: GLÜCK, *Comment. alle Pand.*, VIII, vers. it. del BRUGI, p. 276 sgg., e BRUGI, *ivi*, p. 277 n. m; ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, p. 391 sgg.; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg, 1865, I §. 341, p. 718 sgg.; SCIALOJA, *Sulla pretesa servitù di actus sine itinere* nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, II, p. 165-168. - Avverto, che i passi del *Corpus iuris civilis* sono riferiti secondo l'edizione Mommsen-Krüger-Schoell.

(2) In altre parole il giureconsulto non suppone che sia lasciato in legato l'*actus sine itinere*, ma che sia lasciato l'*actus* e sia poi tolto al legatario l'*iter*. Non immagina il caso d'un legato di *actus sine itinere*, onde non risolve il preciso quesito, che esamina Ulpiano, cioè se un tal legato sarebbe valido, quasi non scritte le parole *sine itinere*, o sarebbe nullo come negazione della volontà del testatore o come legato d'una cosa impossibile. Tuttavia chi esamina il nostro quesito deve proporsi anche cotesta domanda; e mi par dannoso, che altri non lo abbia fatto, sia perchè non è la cosa medesima, sia perchè può servire di argomento alla soluzione della antinomia. Mi sembra che conduca infatti a rafforzare il risultato al quale giungo; se l'*ademptio* dell'*iter* dall'*actus* non è considerata come revoca del legato, ma soltanto come aggiunta vuota di contenuto giuridico, ne consegue, che anche nell'eventuale legato d'un *actus sine itinere* si dovrebbe ritenere nulla la esclusione e considerare quindi valido l'*actus*; ed è appunto a ciò, che si riduce la mia interpretazione del passo di Ulpiano, e la chiara e facile, se molto non mi inganno, conciliazione, che ne consegue.

nosciute dal diritto romano *via*, *actus*, *iter* erano di estensione, e di contenuto sempre più ristretti, sicchè per sua natura la prima comprendeva la seconda e la terza, e la seconda comprendeva la terza, la *via* cioè comprendeva l'*actus* e, quindi, l'*iter*, e l'*actus* comprendeva l'*iter* (1).

È evidente, dato lo scopo agricolo delle servitù di passo, che l'*actus*, il cui contenuto essenziale consisteva nel diritto di condurre il bestiame a traverso il fondo servente, dovesse comprendere il diritto di passarvi per accompagnarlo, guidarlo e sorvegliarlo, ma è del pari sicura e ripetutamente avvertita dai giureconsulti la facoltà del proprietario del fondo dominante di passarvi anche senza bestiame, di esercitare cioè la servitù di *iter*, quale è quando è costituita a sè. L'insistenza con la quale i giureconsulti lo ripetono, può far credere, che se ne dubitasse; ma la conclusione è sempre sicura ed uniforme. Così Ulpiano medesimo nella l. 1

(1) Ciò è ripetuto a sazietà nei passi del testo e da tutti consentito. Soltanto io ammetto cotale verità in tutta la sua estensione e senza limiti, sicchè, come già intendevano molti antichi, reputo che l'*actus* si conservi anche se il titolare lo abbia, per tutto il tempo necessario alla estinzione della servitù per non uso, esercitato come *iter*. Non trovo alcun testo, che lo neghi in modo esplicito; le fonti ci dicono con somiglianti frasi che la *via* comprende l'*actus* e l'*iter*, e che l'*actus* comprende l'*iter*; non è smentito mai il principio, che l'esercizio anche parziale delle servitù le conserva intiere; e non si vede un motivo sufficiente per non applicare anche alla *via* il noto e bellissimo passo di Paolo l. 2 D. *quemad. servit. amitt.* VIII 6: " Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non " perisse actum sed manere Sabinus Cassius Octavenus aiunt; nam ire quoque " per se eum posse qui actum haberet. „ Se infatti si può sostenere, che *iter et actus*, che *ire et agere*, che *eundi et agendi* indichino la *servitus viae*, non si può concedere, che *actus* equivalga a *via*, e non si può disconoscere, che il motivo di decidere invocato da Paolo, e, senza dubbio,, anche da Sabino, da Cassio e da Ottaviano, si adatta egregiamente alla *servitus actus* come alla *servitus viae*; infatti si può passare anche senza condur bestiami o veicoli o pietre, ma non si può condur bestiami o veicoli o trascinar pietre senza passare. E di ciò è sostegno la l. 13 § 1 D. *de accept.* XLVI 4, che riferisco più oltre, per la quale una accettilazione dell'*iter* e dell'*actus* distrugge la *via*, poichè nessun esercizio ne sarebbe possibile senza passare; si dovrebbe del pari ammettere, che una accettilazione dell'*iter* distrugge l'*actus*, perchè in esso pure senza passare non si può condurre il bestiame.

pr. D. *de serv. praed. rust.* VIII 3 ci insegna "itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet *etiam* " *sine iumento* „, il che Giustiniano ripete, aggiungendo soltanto tre parole, che, probabilmente, erano nell'opera di Ulpiano ed i compilatori omisero nel riferire il testo nelle Pandette; leggiamo cioè nel pr. I. *de serv.* II 3 " ...qui actum habet, et iter habet *eoque* " *uti potest etiam sine iumento* (1). „ Anzi la grande autorità di Sabino, di Cassio e di Ottaviano era intervenuta a decidere, come Paolo ci insegna, unendosi a loro, nella l. 2 D. *quemad. serv. amitt.*, VIII 6, che il solo passo senza bestiame, vale a dire il solo *iter* basta ad impedire l'estinzione per non uso dell'*actus*. " Qui iter " et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum, " sed manere Sabinus, Cassius, Octavenus aiunt: *nam ire quoque* " *per se eum posse qui actum haberet* „ (2). Con molta acutezza Giuliano nella l. 58 *de V. O.* XLV 1 avverte la nullità della stipulazione dell'*iter* dopo avere stipulato l'*actus*: " ...sed qui actum " stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicut " qui decem, deinde quinque stipulatur „ (3). Ed è indubitabile, che

(1) Tanto la *via*, quanto l'*actus* erano costituiti dall'*ius eundi et agendi*; solamente nella *via* l'esercizio dell'*ius eundi*, sia da sè solo, sia implicito nell'*ius agendi*, era più lato e concesso in maggiore ampiezza di sentiero. A me quindi sembra certo, che nella l. 1 D. *de serv. praed. rust.* VIII 8, nell'inciso *via est ius eundi et agendi et ambulandi* le parole *et ambulandi* sieno una interpolazione (il BRUGI, l. c., p. 281, n. o., osservò come fosse cosa probabile; non credo invece, che si debbano cancellare, come vorrebbe il Mommsen nelle sue edizioni): sono insomma d'avviso che sieno interpolate tutte le parole, che nella l. 1 pr. D. *de serv. praed. rust.* VIII 3 trascrivo in corsivo: " Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus *via aquaeductus*, iter est *ius eundi ambulandi* " *homini non etiam iumentum agendi*; actus est *ius agendi vel iumentum vel vehiculum*: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet *etiam sine iumento*; *via est ius et agendi, et ambulandi*; nam et iter et actum in se *via* continet: *aquaeductus est ius* " *aquam ducendi per fundum alienum* „, e che le simiglianti frasi nelle fonti sieno puramente la riproduzione di cotali interpolazioni.

(2) Ho a bella posta riferito due volte (veggasi la nota 1 pag. 3) questo passo, per meglio determinarne il significato, che è, secondo me, chiaro e di grande momento.

(3) Del pari, non si può dubitarne, se alcuno stipulasse la *via* e poi l'*actus* o l'*iter*, la seconda volta nulla farebbe di efficace, poichè l'*actus*

al medesimo risultato, sia pure in modo meno diretto, conduce la notissima *l. 13 § 1 D. de accept. XLVI 4*: “ si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, ut puta si servitus fuit praedii rustici vel urbani... si tamen viam quis stipulatus accepto iter vel actum fecerit, acceptilatio nullius erit momenti: hoc idem erit probandum, si actus accepto fuerit latus. si autem iter et actus accepto fuerit latus, consequens erit dicere liberatum eum, qui viam promisit. „ Nel qual frammento è degna di particolare nota l'ultima parte; poichè, a fil di logica, potrebbe sembrare, che anche la accettilazione dell'*iter* e dell'*actus* dovesse avere per conseguenza la nullità dell'accettilazione e non la sua validità, e quindi l'estinzione della *stipulatio*. Tanto più, che l'*actus*, comprendendo l'*iter*, parrebbe che l'accettilazione del primo dovesse comprendere anche quella del secondo, e fosse assurdo supporre l'accettilazione dell'uno e dell'altro (1). Certo qui siam dinanzi ad un motivo formale e al

e l'*iter* erano già inclusi nella *via*, a meno, s'intende, che la seconda stipulazione fosse conclusa con l'animo di novare (*animus novandi*), poichè allora la prima promessa verrebbe meno, perchè trasferita e trasfusa nella seconda. Il che conduce ad una importante osservazione a proposito della teoria della novazione; chi sostiene, che in essa per il diritto romano classico non poteva cambiarsi l'oggetto, deve ammettere che i romani considerassero le tre figure della servitù di passo come modalità dello stesso oggetto, della stessa forma complessiva di servitù, proprio come nelle cose fungibili il peso, il numero o la misura rappresentavano soltanto una modalità dell'oggetto. Non possiamo trattenerci dal riferire il citato passo (*l. 58 D. de V. O. XLV 1*) elegantissimo, per quanto risaputo, per intero, tratto dal cinquantaquattresimo libro dei Digesti di Giuliano: “ Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundum dari non intellegitur, si usus fructus detrahatur: et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem. sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. item, si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit. nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigi possunt. „

(1) Del resto, ove si legge *iter vel actum* le due parole *vel actum* sono senza dubbio una inelegante interpolazione; il Mommsen vuol can-

concetto primitivo della *servitus viae*; il motivo formale sta senza dubbio nei due verbi *ire*, *agere* (*per viam*) contenuti nella *stipulatio*, i quali, riprodotti nella *acceptilatio*, annullavano con la loro corrispondenza con le parole usate dal promittente la *stipulatio* intiera; il primitivo senso della *servitus viae* era, anche secondo noi, soltanto l'*ire* e l'*agere*, non differiva cioè dall'*actus* se non nel limite minimo dell'ampiezza della *via*, sicchè la servitù sarebbe rimasta vuota di contenuto, se l'*ire* e l'*agere* ad un tempo si fossero tolti ⁽¹⁾.

Son del resto notissimi passi delle nostre fonti; ho voluto riferirli con una certa estensione soltanto per trarne meglio più oltre alcune conseguenze e per avvalorare la dimostrazione, che intendo di fare. Il risultato d'altra parte riconduce al punto di partenza; non è concepibile un *actus sine itinere*; ed io credo persino, che, seppure si possano convenire nell'esercizio di queste servitù delle modalità contrarie alle normali conseguenze, di cui in complesso abbiamo parlato, e che ad ogni giurista sono note, non sia possibile, perchè contrastante con i loro caratteri essenziali, limitare nell'*actus* o nella *via* il passo al solo caso in cui si accompagni o si sorvegli il bestiame, escluderlo cioè per la persona sola — vale a dire quando con essa non è il bestiame, o non è alcun veicolo — del ti-

cellarle, il che qui pure, rispetto alla lezione giustiniana, è troppo. Un altro, e, secondo me, potente motivo per cui l'accettillazione dell'*iter* e dell'*actus* vale, proposi poc' anzi. Insomma si può accettillare una parte d'una cosa fungibile, una quota ideale d'un diritto divisibile, ma non un suo elemento, che ne è estremo costitutivo; allora o esso coincide con la cosa medesima, siamo per dire la assorbe, e la accettillazione distrugge la *stipulatio* del tutto, o, in caso diverso, non ha alcuna efficacia. Il che conferma molto bene il giureconsulto nel seguente § 2: " Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usumfructum vel viam " accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat: qui enim " accepto facit, vel totum, vel partem eius, quod stipulatus est, debet " accepto facere: hae autem partes non sunt, non magis quam si quis " domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel parietem vel " diaetam. „ Merita anche riferire il periodo del § 1, che, sopra, per maggior chiarezza, ho omissso: " Plane si usus fructus sit in stipulatum deductus, puta fundi Titiani, poterit pro parte acceptilatio fieri, et erit " residuae partis fundi usus fructus „.

(1) Non aveva in conseguenza torto Teofilo (Inst. Graeca Paraphr.), pr. I. *de serv.* II 3 in quella sua famosa massima: *uia ἐστὶ δίκαιον τι τοῦ*

tolare della servitù; in realtà, se l'*iter* è essenziale all'*actus* e alla *via* e se il passo della persona del titolare lo è all'*iter*, anzi ne costituisce tutta l'essenza, consegue che esso non può escludersi neppure nelle due servitù più ampie ⁽¹⁾.

II.

I tentativi di conciliazione della apparente antinomia furono molti, in ogni tempo; sebbene sia arduo asserire di conoscerli tutti, — e, a causa della grande elaborazione del diritto romano, in specie

ἐμὲ πορεύεσθαι καὶ ἔχειν καὶ ὁποῦντιον, ὥστε οὖν ἡ υἷα ταῦτα ἔχει ἃ καὶ τὸ *actus*. Il Ferrini nella sua edizione, I p. 122, traduce così: " uia est ius eundi " et agendi iumentum; et ideo in uia eadem sunt, quae in actu. "

(1) Un simile patto secondo me sarebbe nullo. Che un *actus sine itinere* sia inammissibile, molti, ripeto, sostengono; anzi si può considerare oramai *communis opinio*; ma non mancano scrittori che, se reputano impossibile escludere dall'*actus* l'*iter* in quanto serve ad accompagnare il bestiame, credono si possa con apposita convenzione escludere considerato a sè, in quanto cioè si riduca al passaggio a piedi senza bestiame; era del resto anche un'opinione antica (cf. Glück, l. c., p. 276); serviva anzi per molti a togliere l'antinomia, di cui ci occupiamo. Fra i moderni lo ritengono il BRUGI, l. c., n. m., p. 277, e, forse, lo SCIALOJA, l. c., p. 168. In quanto allo Scialoja diciamo forse, perchè egli afferma che nell'*actus* l'*iter* possa esser ridotto; e se intende affermare che all'*iter*, puro passaggio a piedi, possano essere aggiunte quelle modalità, che si usano certe volte quando è servitù a sè, come i giorni e le ore dell'esercizio, norme, che si possono stabilire anche per l'*actus*, concordo con lui. Che un *modus* si possa determinare dalle parti è indubitato; e *modus*, come ben dice il PEROZZI, *Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano*, Roma, Forzani, 1888, p. 42, è " la misura dell' " l'esercizio di una servitù stabilita per esplicita disposizione delle parti. " L. 4 § 1, 2 D. *de serv.* VIII 1, l. 6 § 2 e § 5 D. *si serv. vind.* VIII 5 e l. 3 D. *de itin.* XLIII 19. Ma è indubitabile, che le parti non possono alterare quanto nelle servitù singole è essenziale; a noi pare, che la struttura delle tre servitù di passo, tutto il linguaggio delle fonti, stieno a dimostrare, che ciascuna servitù considerata in sè è inclusa nell'altra, come sua qualità essenziale, con l'aggiunta di più estese facoltà; l'*actus* implica l'*iter* come diritto di passare a piedi senza bestiame, e la *via* implica l'*actus* come diritto di passare col bestiame, sicchè sarebbe pure assurdo pensare ad una *via*, in cui per apposita convenzione fosse escluso il diritto di passare col bestiame, e ridotta la facoltà del titolare a traversare il fondo con un carro e così di seguito.

quando riebbe come diritto comune valore di legge, si possa sempre creder propria, nonostante ogni maggior cura, una proposta da altri fatta in precedenza, pure in questo caso si può ritenere senza molto timore di errare, che nessuno dei sostenuti fin quì ebbe unanime consenso e che altri non propose la conciliazione semplice e piana, che a me sembra la vera (1).

Non ne ripeto quindi nè l'enumerazione, nè la critica; osservo soltanto, che i più, contro le norme generali e lo spirito animatore delle leggi romane relativi alle tre servitù di passo, vollero preferire Ulpiano; il che provenne senza dubbio dall'indirizzo pratico dato al diritto romano dai glossatori fino agli studi critici del secolo passato, per cui, ignorata o dimenticata tutta la concezione e la elaborazione formalistica delle servitù, si aveva riguardo piuttosto al loro contenuto effettivo, e pareva, che non costituisse contraddizione di sorta lo escludere dall'*actus* il diritto di passare senza bestiame, come, senza dubbio, poteva essere escluso quello di passare con un veicolo (2).

È molto consentaneo alla odierna ricostruzione storico-critica del diritto romano e della sua storia, che oggi prevalga l'opposto concetto, mentre in antico lo difendeva il minor numero dei giuristi, si preferisca Paolo e si cerchi di piegare ad esso Ulpiano. E di questa giusta tendenza si fece eco lo Scialoia nella sua nota monografia "sulla pretesa servitù di *actus sine itinere* „ (3), con la quale, con molta acutezza ed originalità, volle dimostrare che la mano dei compilatori era passata sul breve passo di Ulpiano, sostituendovi la parola *actione* alla originale *formula*. E per essere più precisi, secondo lui, il passo, che abbiamo riferito sin da principio, si leggeva nel manoscritto d'Ulpiano così: "Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, hac formula utetur „; i com-

(1) Basti a convincerne la semplice lettura degli autorevoli scrittori, che ho ricordati sin da principio.

(2) Il rifiorimento degli studi romanistici negli ultimi tempi ha in realtà posto su via intieramente nuova la storia tutta ed il sistema relativi all'istituto delle servitù; e dai recenti ed interessanti punti di vista, che la critica del testo e la più larga erudizione hanno additati, molte conseguenze sono ancora da dedurre.

(3) Vedi la citata nella n. a p. 2.

pilatori avrebbero sostituito alle due parole *hac formula* le tre nuove *actione de servitute*.

La dimostrazione dello Scialoia, breve e fine, può agevolmente essere riassunta, anzi quasi rifratta, in poco spazio. La formula, egli osserva, relativa alle servitù di passo, era, secondo la ricostruzione del Lenel, così concepita: " si paret A.^o A.^o ius " esse per fundum illum ire agere », sicchè poteva credersi destinata unicamente a chi avesse la *servitus viae*, servitù, la quale comprendeva l'*ius eundi et agendi*. Ulpiano intese togliere soltanto il dubbio, che non potesse servirsene chi avesse soltanto l'*iter* o soltanto l'*actus*. " Le parole, conclude quindi lo Scialoia, "*actum sine itinere habet* non si riferiscono ad una servitù " di *actus*, dalla quale si fosse sottratto l'*iter*, come le parole "*iter sine actu* non designano certamente l'impossibile figura di " una servitù di *iter*, dalla quale si fosse detratto l'*actus*, ma " quella frase significa l'*actus* semplice di fronte alla *via*, come " questa l'*iter* semplice di fronte alla *via* » (1).

Aderirei di gran cuore alla proposta dello Scialoia, ove non mi paresse possibile altro mezzo per toglier via la celebre contraddizione, e se non mi si affacciassero al pensiero seri dubbi, anche prescindendo da ciò, sulla solidità sua. Poichè soltanto quando concorrano le due condizioni della mancanza d'ogni altro mezzo per risolvere le antinomie e della sicurezza critica della modificazione del testo, si può asserire, che il testo fu corretto; opinione questa, sulla quale mi concederò l'Istituto d'insistere altra volta in un apposito breve lavoro intorno ai contemporanei studi relativi alla formazione del testo delle Pandette (2).

(1) Se il giureconsulto voleva semplicemente significare, che la sola formula, che era nell'Editto, contenente le due parole *ire agere* poteva usarsi anche per il solo *iter* o per il solo *actus*, era ben più semplice dicesse: " Qui *iter vel actum habet formula de servitute utetur*, o anche: " Qui "*iter vel actum habet hac formula utetur* »; non solo ciò concorderebbe col linguaggio usuale dei giuristi in simili casi, ma anche eviterebbe ad Ulpiano il grave torto di avere scelto un modo così strano ed indiretto per esprimere un concetto tanto semplice e piano.

(2) Tuttavia, nonostante la mancanza d'una prova sicura dell'interpolazione, la accetterei, tanto, considerata in sè, mi attrae e mi soddisfa, se non mi paresse che esista una conciliazione agevole e certa, la quale non

Il Brugi già osservò, che una dichiarazione, come quella di Ulpiano, mal si spiegherebbe, almeno, come egli dice, si può obiettarlo, anche ammessa la interpolazione immaginata dallo Scialoia, se non si fosse voluto dire, che in sostanza si ammetteva un *actus* senza un distinto diritto di passaggio, indipendente dalla conduzione del bestiame. Il che ricondurrebbe ad una delle più antiche conciliazioni, vale a dire che, secondo Paolo, la nullità della *ademptio* era riposta nella impossibilità pratica di esercitare l'*actus* senza alcuna facoltà di passo, non si riferiva cioè alla esclusione dell'*iter*, considerato a sè, cioè ogni volta, che si fosse preso di mira senza il bestiame, ma in quanto si esercitasse come accessorio dell'*actus* per la sola persona del titolare (1).

III.

Le interpolazioni, secondo me, e credo che non si ripeta mai abbastanza, non sono giustificate, se non quando sieno dimostrate sicure e necessarie. Certo i compilatori giustinianeî rimaneggiarono tutto il testo; era il loro dovere ed una necessità per lo scopo, che si proponevano. Ed è cosa non mai disconosciuta; i bizantini prima, i glossatori rozzamente ma acutamente più tardi, i giuristi del risorgimento a cominciare dall'Alciato e dal Cuiacio, i più autorevoli scrittori della scuola storica lo ammisero sempre, e spesso le forze vive del loro ingegno a determinare l'opera, si dicesse di Triboniano o di Giustiniano, dei compilatori. Sicchè il nuovo odierno impulso, a cominciare dalla nota monografia del Gradenwitz, nulla ha di nuovo, o almeno la novità sta nei mezzi più copiosi e più perfezionati, che si hanno per rintracciare le interpolazioni, nella critica più dotta, nel materiale nuovo, nel pen-

richiede il ricorso ad una alterazione del testo; e l'interprete, ove abbia tal convinzione, niuno può negarlo, deve sempre darle la preferenza.

(1) Vedi la nota 1 a p. 7. — Aderisco del resto ai dubbi, che il Brugi espone, sia ove ricorda, che anche i Bizantini intesero il passo d'Ulpiano nel suo senso letterale — la prova nei Basilici, Heimbach, V, p. 197-198 n. v., è sicura —, sia ove fa notare, che nessun ricostruttore dell'Editto ha fino ad oggi accennato ad alcun sospetto di correzione.

siero più specialmente, e senza riguardo alla applicazione pratica della legge, rivolto a scoprirle ⁽¹⁾.

La dovizia di indagini e di proposte fatte nell'ultimo ventennio è senza dubbio utile alla ricostruzione del testo, e anche alla intelligenza dello stesso diritto giustiniano, che mal può ben comprendersi se non si confronta la dizione originaria del classico giurista, con la modificazione dei compilatori e con il motivo, che la consigliò. Ma bisogna evitare il pericolo di esagerare, sia perdendo, se mi si passa la frase, la visione giuridica del pensiero dei giureconsulti, sia argomentando l'esistenza delle interpolazioni dal contrasto con costruzioni teoriche dovute al mondo medioevale e moderno, sia ricorrendovi con soverchia leggerezza e inavvertitamente ricadendo nel facile vezzo di evitare la difficoltà di rivivere, variati in così profondo modo i tempi, nel pensiero dei classici giureconsulti, con l'immaginare supposte alterazioni giustiniane. Se è sicuro, che i compilatori molto modificarono, certo è del pari, che non rifecero tutto, anzi può asserirsi, che ebbero conveniente e doveroso rispetto all'antea sapienza ⁽²⁾.

Pare giunto il momento e di proseguire nella preziosa e fruttuosa indagine della formazione del testo delle Pandette, ove è come una stratificazione o sovrapposizione anche materiale di molteplici pensieri, ultimo quello dei compilatori, e nello stesso tempo di riesaminare tutte le proposte fatte sin qui per respingere quelle, che non hanno carattere di assoluta certezza. Altrimenti il caso recente di passi originali dei giureconsulti, che, scoperti, hanno mostrato errate, inesistenti le supposte interpolazioni, fa-

(1) Non consento quando odo parlare di metodi nuovi nello studio del testo; si può soltanto, ripeto, riconoscere un migliore uso dei buoni metodi e rendere omaggio alla dovizia senza pari maggiore dei materiali; del resto altri ha già notato cotesta, che a me sembra innegabile verità.

(2) In altri tempi si proponevano troppo facilmente modificazioni del testo per eccesso di dialettica o per preoccupazioni pratiche, oggi si esagera spesso per soverchia fiducia nella possibilità d'intravedere a traverso le novità giustiniane le genuine parole dei giureconsulti. Mi riserbo di dare ampie prove nella promessa monografia e riferire anche i dubbi sollevati rispetto a molte interpolazioni, che, per lungo periodo di tempo, erano sembrate sicure.

rebbe perder pregio anche a tutte quelle, che non possono temere simigliante ingrata sorpresa ⁽¹⁾.

Se torniamo alla proposta dello Scialoia, non apparirebbe chiaro in primo luogo perchè il giureconsulto, se avesse voluto dir semplicemente che per la sola *servitus itineris* o per la sola *servitus actus* poteva usarsi la formula della *servitus viae*, che comprendeva l' *ius eundi et agendi*, avrebbe usato la strana espressione *iter sine actu* e *actus sine itinere*; sarebbe stato più semplice, anzi solo modo naturale, che avesse parlato solamente dell' *iter* o dell' *actus*. In altre parole, se il dubbio stava nel confronto fra l' *iter* e l' *actus* separate e distinte servitù da un lato, e l' *ius eundi et agendi* con temporaneamente ricordati nella formula dall' altro, il giureconsulto avrebbe espresso il suo pensiero così: " Qui iter vel actum (o, se si vuole, qui iter tantum vel actum) habet, hac formula utetur „ ⁽²⁾.

In secondo luogo, se è certo, che nell' Editto si trova una formula per le tre servitù di passo, non è del pari noto come fosse concepita; certo è, che v' era ricordato l' *ius eundi et agendi*, ma è molto probabile, anzi a me par sicuro, come pure ammette il Lenel ⁽³⁾, che per la *servitus viae* il ricordo di quelle due facoltà fosse preceduto dalle parole *per viam* ⁽⁴⁾. Reputo cioè, che il modello proposto nell' Editto, in omaggio alla vetusta tradizione, che si faceva risalire alle XII tavole, contenesse il ricordo della *via*, e fosse concepito così: S. P. A.º A.º IUS ESSE PER FUNDUM ILLUM PER VIAM IRE AGERE, QUANTI EA RES ERIT C. S. N. P. A.; tale la formula della confessoria ⁽⁵⁾; in modo correlativo sarà stata posta nell' albo quella della negatoria ⁽⁶⁾.

(1) Come ho già poc' anzi, nota 2 a p. 11, avuto agio di osservare.

(2) E se nella formula non fosse stata ricordata la *via*, sembrerebbe più naturale, che su cotesta mancanza il giureconsulto avesse fissato il suo pensiero.

(3) LENEL, *Das Edictum perpetuum* § 73 p. 152, (nella vers. del PELTIER, *L'Édit perpétuel*, Parigi 1901, I p. 218).

(4) Ecco le parole del Lenel nella citata versione: " Quand il s' agit d'une *via*, on intercalait sans doute les mots "*per viam* „ et l' intio devait parler alors d'un *per viam agere* „ Nella n. 7 il Lenel cita a ragione la l. 1, la l. 7 pr. e la l. 9 pr. D. de. s. p. r. VIII 3.

(5) Secondo il Lenel le parole *per viam* non siano nell' albo; venivano dal magistrato, ogni volta, che ne era il caso.

(6) Vale a dire: S. P. N.º N.º IUS NON ESSE PER FUNDUM ILLUM PER VIAM IRE AGERE INVITO A.º A.º Q. E. R. E. C. S. N. P. A.

In ogni modo o la formula proposta nell' albo era concepita così, o non conteneva le parole *per viam*.

Nel primo caso non si comprenderebbe come il giureconsulto non avesse piuttosto trovato l'ostacolo nelle parole *per viam* e non avesse fatto il caso d'un *actus sine via*, non si fosse cioè espresso così: " Qui iter sine actu vel actum sine via habet hac formula utetur „; l' *iter sine actu* contiene implicita l' esclusione della *via* e l' *actus sine via* era l' ipotesi che, logicamente, si presentava subito dopo al pensiero. Nel secondo caso, se cioè la formula scritta nell' albo non conteneva le parole *per viam* il giureconsulto doveva in primo luogo proporsi il dubbio del suo uso per la *via*; infatti essa sarebbe stata precisa solamente per l' *actus*, e se dubbio poteva sorgere, lo doveva tanto per la *via* quanto per l' *iter* (1).

Se anche, come ha sostenuto il Karlowa, (2) la formula diceva sempre e soltanto *ius eundi et agendi* — per cui avrebbe potuto, ove mai, invocare la l. 9 pr. D. *si serv. vind.* VIII 5, nella quale alla sola *servitus itineris* si fa corrispondere un *intendere ius...esse ire agere* — non si comprenderebbe come il giureconsulto non avesse piuttosto

(1) Sarebbe stato anche allora inutile parlare d'una *via sine actu* o d'un *iter sine actu*; si sarebbe dovuto dire in modo naturale e semplice: " Qui viam vel iter habet, hac actione utetur. „

(2) Eccone in ogni modo il parere, che è coordinato alla l. 1 § 4 D. *de it. act. priv.* XLIII 19: " Mir scheint dafür l. 4 § 1 D. *si serv. vind.* 8, 5 zu sprechen: Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. Wie selbstverständlich, trivial scheint auf den ersten Blick die Bemerkung, das wer ein *iter sine actu* habe, sich der *actio* de servitute bedienen könne! Der Jurist will aber sagen, sowohl wer ein *iter sine actu*, als wer einen *actus sine itinere* hat, kann sich der *actio*, deren *intentio* auf *ire agere* lautet, in unveränderter Fassung bedienen; es wurde dann nicht etwa dem gegenüber, der nur ein *ius itineris* nachweisen konnte, eine *pluspetitio* angenommen „ KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 499. In quanto al titolo D. *de itinere actuque privato* non è qui il caso di farne apposito commento; sarebbe troppo lunga digressione; ma esso riuscirebbe certo a conferma di quanto sosteniamo; ne risulta che la *via* comprende come suo elemento essenziale l' *actus* e l' *actus* l' *iter*, sicchè una *via sine actu* o un *actus sine itinere* sono inconcepibili e le due aggiunte si considerano nulle. Potrebbe anche dedursi dall' insieme dell' editto, il quale doveva prevedere soltanto le due servitù *iter et actus*, perchè esse provenivano soltanto da adattamenti o tipi pretorii, dedotti dall' antica e più larga *servitus viae*.

pensato alla difficoltà maggiore nascente per la *servitus viae*. Ma sulla proposta del Karlowa, che meriterebbe più accurato esame, non è qui il caso di insistere.

In terzo luogo la frase *actione de servitute utetur* è talmente corrispondente a tutto il linguaggio usato da Ulpiano nel lungo passo contenuto nelle Pandette e formante la l. 2, la l. 4, la l. 6, e la l. 8 del titolo *si servitus vindicetur*, così collegata alle parole, che subito dopo susseguono, così rispondente a tutti i passi relativi alle servitù, che non v'è base sufficiente per cambiarla. Inoltre l'azione era così connaturata alla formula, che i giureconsulti potevano indifferentemente parlare dell'una o dell'altra, nè alcunchè d'illogico ci sarebbe se il giureconsulto avesse tolto il dubbio sulla ammissibilità dell'azione per la difficoltà di usare la *intentio* della formula. E infine si avverta, che in nessun passo del nostro titolo si potrebbe mai sostituir *formula* ad *actio*, sicchè sarebbe strana tale particolarità nel solo nostro breve paragrafo (1).

Ma, e questa è l'osservazione fondamentale, mi sembra, che manchi la necessità di supporre una alterazione dei compilatori, condizione, ripeto, secondo me, essenziale per ammetterne alcuna senza prova diretta.

IV.

Secondo me il passo di Paolo è esplicito e giustissimo; quando per legato sia lasciata la *servitus actus*, l'*ademptio itineris* deve ritenersi per non scritta; non c'è ragione per riferirla all'*iter* considerato nel significato suo più generale, vale a dire e in quanto è accessorio del condurre il bestiame e in quanto sta in sè, sicchè voglia il giurista limitarne la nullità al caso, in cui il divieto col-

(1) Soprattutto si noti che le ll. 2, 4, 6, 8 D. h. t. VIII 5, sono un solo passo, tratto dal libro XVII dell'opera di Ulpiano sull'Editto, passo senza dubbio continuo, ininterrotto. Una semplice lettura dimostra come il giureconsulto aveva sempre in animo l'*actio*; nè è mai giustificata l'ipotesi, che nel testo di Ulpiano si leggesse *formula*, spesso è anzi del tutto inammissibile. Comincia la l. 2: " De servitutibus in rem *actiones* nobis competunt.... " e nel § 1 prosegue " Haec autem in rem *actio* confessoria.... " e nel § 3 " alibi enim " de iure, id est in confessoria *actione*.... " E subito dopo la l. 4 § 1, che è oggetto di questa indagine, il § 2 comincia: " In confessoria *actione*, quae de *servitute* movetur, fructus etiam veniunt.... ".

pisca il passaggio insieme al bestiame (1); l'ipotesi è formale e il giureconsulto intende solo insegnare, che *ademptio* deve considerarsi sempre per non scritta. Si poteva infatti dubitare, che il testatore, escludendo dall'*actus* l'*iter*, cosa giuridicamente inammissibile, avesse negato la sua volontà e quindi avesse distrutto il legato stesso; Paolo decide, e a buon dritto, sia perchè l'*ademptio* è volontà indipendente, che non può nè deve confondersi con la volontà costitutiva del legato, sia perchè la volontà dei testatori deve essere quanto è possibile favorita, che la nullità colpisce soltanto l'*ademptio*.

Non altrimenti ragiona Ulpiano; egli si riferisce senza dubbio all'atto costitutivo della servitù, alla *demonstratio* (2), come si diceva nel linguaggio giuridico del tempo, e suppone, caso, che dovette in pratica essersi ripetuto molte volte, due assurdi, che si fosse cioè parlato d'un *iter* da cui s'intendesse detratto l'*actus* o d'un *actus* da cui si intendesse detratto l'*iter* (3). Posto ciò, poteva nascere ben logico dubbio, che il costituente non avesse avuta vera volontà di costituire l'una o l'altra servitù di passo; il giureconsulto ammette in modo implicito la plausibilità del dubbio, ma decide per la nullità della sola aggiunta *sine actu* o *sine itinere* e concede la *confessoria* al titolare, cui la servitù fu costituita o per contratto o per testamento in cotesto modo. Se la mia proposta è esatta, non soltanto nessuna antinomia esiste fra Ulpiano e Paolo, ma ambedue suppongono, ragionano e decidono nel medesimo modo.

E identico risultato avrebbero difeso i due giureconsulti se fosse stata costituita una *servitus viae sine actu*, o, cosa più assurda ancora, una *servitus viae sine itinere*. Anche in tal caso la *via* sarebbe stata ben costituita, e chi la avesse avuta per un

(1) Ciò ci ricondurrebbe ad un artificiale conciliazione, che ho più volte combattuta, e, se non mi inganno, dimostrata insussistente.

(2) Fra gli altri esempi della parola *demonstratio* usata in questo senso ricordo la *l. 13 § 2 D. de s. p. r. VIII, 3* " *Latitudo itineris ea est, quae demonstrata est....* " e la *l. 13 D. de serv. VIII 1*: " *Si tam angusti loci, demonstratione facta, via concessa fuerit....* ".

(3) Il costituente forse usava qualche volta quelle frasi così poco giuridiche per meglio e più energicamente indicare il grado di servitù di passo, che intendeva di concedere, quasi usando la parola *sine* invece dell'altra *non*, *iter sine actu*, quasi *inter non actus*, *actus sine itinere*, quasi *actus non iter*.

simile atto originario avrebbe potuto usare della azione *de servitute*. Questa ipotesi non fu fatta nè dall' uno, nè dall' altro, forse perchè in pratica non si era verificata mai, forse perchè era anche più repugnante l'immaginarla.

Adunque e Paolo ed Ulpiano ci insegnano, che l'*iter* è inseparabile, inteso in tutta la sua estensione, dall'*actus*, sia cioè come passaggio per condurre il bestiame, sia considerato a sè, quale è ove la *servitus itineris* sia indipendente; e se le parti nell'atto costitutivo lo abbiano escluso, o con la frase *sine itinere*, o nel testamento con una apposita *ademptio*, hanno aggiunta una limitazione vuota di senso e quindi nulla, come se nella *servitus itineris* cosa anche più inconcepibile, avessero dichiarato di non voler comprendere l'*actus*.

A dir vero questa seconda ipotesi potrebbesi anche interpretare non come sottrazione dell'*actus* dall'*iter*, ma come un mezzo più energico per indicare, che si volle costituire soltanto una *servitus itineris*; ma anche allora la decisione di Ulpiano sarebbe perfettamente logica; motivo anche minore di dubbio si avrebbe sulla usabilità della confessoria ⁽¹⁾.

E se poi si volesse giustificare la uniforme decisione dei due giureconsulti con la indivisibilità delle servitù, invocando in modo speciale la già riportata *l. 13 §. 1 D. de accept. XLVI 4*, nessuna difficoltà ne discenderebbe per il tema, che ci ha occupato; l'antinomia del pari verrebbe meno. Soltanto allora si potrebbe ammettere, che ove fosse costituita una *servitus viae sine itinere et actu*, o, ove lasciata per testamento in legato una *servitus viae*, fosse aggiunta l'*ademptio* dell'*actus* e dell'*iter*, si dovesse considerare inesistente la servitù medesima perchè vuota di ogni pratico contenuto; ma anche ciò niuna influenza avrebbe per iscuotere la completa armonia fra i passi di Ulpiano e di Paolo a torto reputati in ogni tempo antinomici ⁽²⁾.

(1) Anzi per tutte e due potrebbe immaginarsi simile spiegazione pratica delle due frasi, come ho detto nella precedente nota.

(2) Ciò dico per esuberanza di prova; ma per lo scopo mio posso anche rinunciare a tale ipotesi.

All' illustre comm. Luigi Succi
Deputato al parlamento nazionale
Consigliere alla Corte di Cassazione

(Piazza di Roma) 5

